

Civile Sent. Sez. 5 Num. 11872 Anno 2017

Presidente: BIELLI STEFANO

Relatore: FUOCHI TINARELLI GIUSEPPE

Data pubblicazione: 12/05/2017

**SENTENZA**

*827*  
*2017*  
sul ricorso iscritto al n. 25368/2013 R.G. proposto da

**Farma Carmine Petrone Srl e Fin Posillipo Spa**, rappresentate e difese dall'Avv. Gabriele Escalar, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, Viale Giuseppe Mazzini, n. 11, giusta procura speciale a margine del ricorso;

- *ricorrente* -

- *controricorrente al ricorso incidentale* -  
contro


**Agenzia delle entrate**, in persona del Direttore *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la quale è domiciliata *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

- *controricorrente* -

- *ricorrente incidentale* -

avverso la sentenza della Commissione tributaria regionale della Campania n. 291/1/13, depositata il 21 maggio 2013.

Udita la relazione svolta nella pubblica udienza del 8 marzo 2017 dal Cons. Giuseppe Fuochi Tinarelli;





udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale Immacolata Zeno, che ha concluso, previa riunione al ricorso n. 8329/2013, per l'inammissibilità e, in subordine, il rigetto del ricorso principale, assorbito il ricorso incidentale condizionato; udito l'Avv. Gabriele Escalar che conclude per l'accoglimento del ricorso e l'inammissibilità del ricorso incidentale; udito l'Avv. Michele De Fiore che conclude per il rigetto del ricorso.

#### **RITENUTO IN FATTO**

L'Agenzia delle entrate emetteva avviso di accertamento nei confronti della Farma Carmine Petrone Srl e della Fin Posillipo Spa, la seconda quale società controllante, con cui disconosceva la deducibilità dell'erogazione di euro 120.000,00 per l'anno 2005 a favore dell'Associazione "Zia Agnesina", per non aver quest'ultima mai svolto l'attività di assistenza prevista dallo Statuto, nonché la deducibilità delle commissioni per il complessivo importo di euro 1.036.685,49, in reazione a due contratti di Stock Lending stipulati con una società ceca, la DFD Czech s.r.o.

La CTP di Napoli, sul ricorso delle contribuenti, annullava l'atto impositivo; la decisione, peraltro, sul ricorso dell'Agenzia delle entrate, era riformata dalla CTR con la sentenza in epigrafe.

Propongono ricorso per cassazione le contribuenti con undici motivi. L'Agenzia delle entrate resiste con controricorso e propone ricorso incidentale con due motivi, cui le contribuenti oppongono controricorso. Le contribuenti depositano altresì memoria ex art. 378 c.p.c.

#### **RAGIONI DELLA DECISIONE**

Va preliminarmente disattesa la richiesta di riunione trattandosi di cause non oggettivamente connesse in quanto relative a periodi di imposta diversi.

1. Con il primo motivo le società ricorrenti denunciano la violazione dell'art 53 del d.lgs. n. 546 del 1992, per aver la CTR omesso di



dichiarare inammissibile l'appello dell'Agenzia delle entrate privo dell'oggetto della domanda e di specifici motivi di impugnazione.

2. Con il secondo motivo denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 37 bis del d.P.R. n. 600 del 1973, per aver la CTR ritenuto la contestazione sussumibile in tale norma senza dichiarare illegittimo l'avviso di accertamento per la violazione delle garanzie procedurali ivi previste.

3. Con il terzo motivo denuncia la violazione dell'art. 112 c.p.c. per aver la CTR omesso di pronunciarsi sui motivi preliminari di impugnazione dell'avviso di accertamento di omessa valutazione delle osservazioni al pvc, violazione degli obblighi di contraddittorio preventivo, contraddittorietà dell'avviso di accertamento, fondato su diverse giustificazioni, violazione del principio di imparzialità, di buona fede e collaborazione.

4. Con il quarto motivo denuncia la violazione dell'art. 132 c.p.c. e 36 del d.lgs. n. 546 del 1992 perché incomprensibile la motivazione ove accerta la natura del contratto di prestito, riferendosi sia alla figura dello Stock Lending che a quella del finanziamento con clausola reverse convertible.

5. Con il quinto motivo denuncia la violazione e falsa applicazione del Regolamento n. 1553/89/CE del 29 maggio 1989, nonché degli artt. 37 bis, 39, 42 del d.P.R. n.600 del 1973, dell'art. 10, comma 3, della legge n. 212 del 2000, e degli artt. 1325, 1343, 1344 e 1345 c.c., e dell'art. 12 Preleggi, per aver la CTR ritenuti nulli per difetto di causa i contratti conclusi per scopi esclusivamente fiscali.

6. Con il sesto motivo denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 1325, 1343, 1344, 1345, 1362, 1414, 1813, 1815 e 1933 c.c., per aver la CTR ritenuto che un contratto di prestito delle azioni con remunerazione variabile per il mutuante in funzione dell'ammontare dei dividendi distribuiti dalle azioni oggetto di prestito configuri un negozio atipico di carattere aleatorio.



7. Con il settimo motivo denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 109 del TUIR e dell'art. 14, commi 4 e 4 bis, della legge n. 537 del 1993, per aver la CTR escluso che gli oneri sostenuti in dipendenza di contratti civilisticamente nulli non siano deducibili dal reddito imponibile IRES del soggetto che li ha sostenuti.

8. Con l'ottavo motivo denuncia la violazione dell'art. 132 c.p.c. per acritico recepimento della tesi dell'Amministrazione finanziaria.

9. Con il nono e il decimo motivo denuncia insufficiente motivazione e omesso esame di un fatto decisivo in ordine all'accertamento del fatto che DFD Czech potesse predeterminare il risultato economico dell'operazione di prestito delle azioni.

10. Con l'undicesimo motivo denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 73 e 100 del d.P.R. n. 917 del 1986, per aver escluso la deducibilità delle erogazioni operate dalla Farma Carmine Petrone a favore dell'Associazione Zia Agnesina, per la mancata effettiva destinazione all'attività sociale.

11. Il primo motivo è inammissibile.

Infatti, quando viene dedotta un'invalidità, qual è l'inammissibilità dell'appello, il giudizio di legittimità non ha per oggetto la sola giustificazione della decisione impugnata (come avviene nel caso di denuncia di un vizio della giustificazione in fatto della decisione di merito) ma sempre e direttamente l'invalidità denunciata e la decisione che ne dipenda, sicché, se il giudice del merito ometta di pronunciarsi su un'eccezione di nullità, la sentenza di merito non è impugnabile per l'omessa pronuncia, ma solo per l'invalidità già vanamente eccepita (v. da ultimo Cass. n. 22952 del 2015, rv. 637622; v. anche Cass. n. 321 del 2016, rv. 638383).

12. Il quarto, il quinto, il sesto e il settimo motivo, da esaminarsi congiuntamente perché logicamente connessi, non sono fondati ancorché la motivazione del giudice di merito debba essere corretta ai sensi dell'art. 384, ultimo comma, c.p.c.



12.1. La vicenda ha ad oggetto la stipula di un contratto denominato *Stock lending agreement* tra la società Farma Carmine Petrone Srl e la società DFD Czech s.r.o. di Praga.

Questa figura contrattuale consiste in un prestito di titoli contro pagamento di una commissione (*fee*) e contestuale costituzione da parte del mutuatario (*borrower*) di una garanzia (rappresentata da denaro o da altri titoli di valore complessivamente superiore a quello dei titoli ricevuti in prestito), chiamata *Collaterale*, a favore del mutuante (*lender*), a garanzia dell'obbligo di restituzione dei titoli ricevuti.

Alla scadenza il mutuatario restituisce al mutuante altrettanti titoli della stessa specie e quantità dei titoli ricevuti e il mutuante ritrasferisce al mutuatario i beni oggetto della garanzia. Se il *collaterale* è costituito da *cash*, il *lender* ha il dovere di remunerarlo al *borrower* ad un tasso di mercato. Se invece il collaterale fornito è *Non-cash* non viene richiesta alcuna remunerazione.

Ulteriore caratteristica è costituita dalla necessità che il rapporto esistente tra valore dei titoli mutuati e valore dei beni posti a garanzia rimanga inalterato durante l'operazione: entrambe le parti sono obbligate ad integrare la garanzia originariamente prestata (in caso di apprezzamento dei titoli oggetto del prestito) o a restituire l'eccedenza (in caso di deprezzamento).

I vantaggi e l'utilità economica si correlano ad esigenze quali l'esercizio dei diritti non economici derivanti dalle azioni ovvero, nell'ambito delle operazioni di borsa, nel consentire al prestatario di ottenere in prestito valori mobiliari al fine di procedere alla liquidazione dei contratti aventi ad oggetto i valori medesimi, senza, tuttavia, assumere ulteriori rischi di mercato rispetto a quelli già presenti in portafoglio mantenendo inalterata la flessibilità nella gestione dell'investimento.

12.2. Nel caso di specie, per come illustrato dalla CTR, risulta che:



a) la Farma Carmine Petrone prendeva in prestito da DFD Czech s.r.o., con accordo in data 11 luglio 2005, una partecipazione azionaria (pari a 2000 azioni per ciascuna società) che la seconda aveva, rispettivamente, nelle società Mont Bazon e Corsier, società portoghesi aventi sedi a Madeira, possedute interamente dalla DFD Czech;

b) l'accordo prevedeva che Farma Carmine Petrone, "prestataria" delle azioni Mont Bazon e Corsier, avesse diritto all'incasso dei dividendi ad esse correlati, conservando invece DFD Czech, titolare e "prestatore" delle azioni, gli altri diritti tra i quali il diritto di voto;

c) al prestito non oneroso dei titoli era legata una pattuizione in forza della quale, laddove le società (Mont Bazon e Corsier) avessero deliberato nel 2005 la distribuzione di dividendi in misura inferiore a un determinato importo (440.000,00 euro), la Farma Carmine Petrone li avrebbe incassati senza nulla dovere a DFD Czech; a fronte di dividendi distribuiti in misura superiore, invece, doveva corrispondere (per dividendi tra 440.000,00 e 600.000,00 euro) una "commissione" pari al valore degli stessi detratta solo una somma forfettaria (2000 euro per una società, 2500 per l'altra) ovvero (per dividendi superiori a 600.000,00 euro) incrementata di una percentuale - 6,25%- su tale importo;

d) a garanzia della restituzione dei titoli, inoltre, con contratto collegato stipulato qualche giorno prima di quello di Stock Lending, le stesse azioni oggetto del prestito erano state date in pegno alla medesima società mutuante, sicché, per tale aspetto, le azioni non erano mai state materialmente trasferite tra le parti.

In concreto, la Farma Carmine Petrone maturava e riscuoteva dividendi per euro 1.041.455,99 (euro 520.458,99 per l'operazione relativa alla società Corsier; euro 519.997,92, per quella relativa alla società Mont Bazon), e corrispondeva, quindi, una commissione di complessivi euro 1.036.685,49 euro.



Quanto ai dividendi, ai sensi dell'art. 89 TUIR, il 5% veniva imputato alla formazione dell'imponibile IRES, mentre la totalità dell'importo versato alla DFD Czech per le commissioni (pari ad euro 1.036.685,49) veniva esposto nella dichiarazione relativa al 2005 quali costi, abbattendo così in modo significativo gli utili conseguiti nell'anno.

12.4. Osserva la CTR che la complessa operazione posta in essere dal contribuente è *"finalizzata all'ottenimento di indebiti risparmi d'imposta"* ed *"ha permesso l'abbattimento della base imponibile globale"*, individuando a sostegno di tale conclusione:

- la *"carenza di informazioni sull'attività svolta dalle società veicolo Corsier e Mont Bazon ai fini della dimostrazione che i proventi fiscali non derivino da partecipazione in società con sede in paradisi fiscali e che la società non sia stata usata come schermo per poter usufruire dei benefici derivanti dall'esclusione della base imponibile dei proventi esteri di cui all'art. 89 D.P.R. 917/1986"*;

- l'*"indeterminatezza della movimentazione finanziaria relativa all'operazione"*;

- la *"mancanza dell'alea che nell'operazione oggetto di controllo è rappresentata dalla carenza dell'elemento essenziale dello stesso"*.

Rimarca, inoltre, che vengono in rilievo *"operazioni effettuate da soggetti societari che espongono variazioni in diminuzione per redditi di partecipazione in società di capitali escluse da tassazione ai sensi dell'art. 89 del TUIR in misura del 95% dell'importo percepito"*, ossia per dividendi, *"e per la contemporanea deduzione dal reddito fiscalmente imponibile ai fini delle IIDD"*, ossia per le commissioni, e da ciò derivano *"vantaggi che appaiono la vera causa del contratto di mutuo e che configurano una frode fiscale poiché ottenuta mediante la creazione di un contratto nullo per mancanza di causa"* e *"la formale aleatorietà"* è *"inficiata dalla reale potestà discrezionale dei contraenti di pilotare e creare le opzioni condizionali contrattualmente assunte"*.



12.5. Nell'enfasi di voler ricondurre la vicenda ad una condotta elusiva, la CTR, invero, non coglie l'effettiva ragione della pretesa fiscale e colloca impropriamente nella motivazione (sia pure nella parte dei "chiarimenti preliminari") anche il riferimento ad un'altra ipotesi di tipo potenzialmente elusivo, il cui rilievo non può che essere solo esemplificativo, ossia al *contratto di finanziamento con clausola "reverse convertible"*, che nulla attiene alla concreta vicenda; finisce, poi, col negare validità al contratto per mancanza di causa perché diretto solo ad ottenere un indebito vantaggio fiscale.

L'operazione posta in essere dal contribuente, invece, incontra, come contestato dall'Agenzia delle entrate, i limiti posti dall'art. 109, comma 8, del d.P.R. n. 917 del 1986, che costituisce l'autentico fondamento del recupero a tassazione.

Nella formulazione vigente *ratione temporis* il comma 5 dell'art. 109 del d.P.R. 917 cit. prevede: "5. *Le spese e gli altri componenti negativi diversi dagli interessi passivi, tranne gli oneri fiscali, contributivi e di utilità sociale, sono deducibili se e nella misura in cui si riferiscono ad attività o beni da cui derivano ricavi o altri proventi che concorrono a formare il reddito o che non vi concorrono in quanto esclusi. Se si riferiscono indistintamente ad attività o beni produttivi di proventi computabili e ad attività o beni produttivi di proventi non computabili in quanto esenti nella determinazione del reddito sono deducibili per la parte corrispondente al rapporto di cui ai commi 1, 2, e 3 dell'articolo 96. Le plusvalenze di cui all'articolo 87, non rilevano ai fini dell'applicazione del periodo precedente.*"

Il successivo comma 8, poi, dispone: "8. *In deroga al comma 5 non è deducibile il costo sostenuto per l'acquisto del diritto d'usufrutto o altro diritto analogo relativamente ad una partecipazione societaria da cui derivino utili esclusi ai sensi dell'articolo 89*".





L'usufrutto di azioni è una operazione finanziaria con la quale viene concesso il diritto a percepire i dividendi distribuiti da un'altra società a fronte di un corrispettivo comprensivo del valore attuale dei flussi futuri di utili.

Il cedente, pertanto, percepisce anticipatamente l'entità del dividendo sotto forma di corrispettivo per la cessione dell'usufrutto e il cessionario iscrive in bilancio, nell'attivo patrimoniale immateriale, il corrispondente onere.

L'art. 109, comma 8, cit., dispone l'indeducibilità tributaria del costo così sostenuto quando vengano in rilievo partecipazioni societarie da cui derivino utili esclusi da tassazione: individua, in altri termini, un parallelismo tra la deducibilità del costo dell'usufrutto su azioni e l'imponibilità dei dividendi derivanti dalla sottostante partecipazione.

Nel contratto di Stock Lending, corrispondentemente, il prestito dei titoli si associa al diritto di percepire i relativi dividendi da parte del mutuatario, mentre il mutuante ha diritto al pagamento di una commissione in relazione al dividendo incassato.

Come nell'usufrutto di azioni, infatti, il contratto di Stock Lending trasferisce (temporaneamente) la titolarità del diritto al dividendo e per ottenere la relativa riscossione è previsto un costo.

Il fenomeno economico, dunque, è lo stesso, senza che assuma rilievo, ai fini tributari (gli unici che qui rilevano non essendovi la necessità di una declinatoria civilistica sul contratto), la circostanza che nell'un caso si verta su un diritto reale e, nell'altro, in un diritto di credito.

Ciò che conta, del resto, è solo che ad un'analisi economica e giuridico tributaria oggettiva e sostanziale il contratto si dimostri del tutto eccentrico rispetto alle norme sulla deduzione delle quote di ammortamento e sul credito di imposta sui dividendi.

Parimenti, pertanto, i costi sostenuti (*i.e.* la commissione) per l'operazione di Stock Lending debbono ritenersi ineducibili.



Né tale soluzione configura una impropria estensione analogica del dettato della norma, che si riferisce esplicitamente e letteralmente "ad altro diritto analogo", senza ulteriori connotazioni, sicché non va intesa come meramente confinata ai soli diritti reali (interpretazione che, del resto, avrebbe una valenza abrogatoria), non deponendo in tal senso né la lettera, né lo spirito della disposizione.

È poi irrilevante che la condotta, come ravvisato incidentalmente in una fattispecie omologa dalla Terza sezione penale della Corte di cassazione (sentenza n. 40272 del 2016), possa anche essere ricondotta, in relazione al nuovo art. 10 bis dello Statuto del contribuente, all'abuso del diritto, trattandosi, in ogni caso, di disposizione entrata in vigore in epoca successiva ai fatti qui in esame.

12.6. Va, pertanto, affermato il seguente principio di diritto:

"In tema di imposte sui redditi, l'operazione di Stock Lending, ossia di prestito di azioni che preveda a favore del mutuatario il diritto all'incasso dei dividendi dietro versamento al mutuante di una commissione (corrispondente o meno all'ammontare dei dividendi riscossi), realizza il medesimo fenomeno economico dell'usufrutto di azioni, senza che rilevi, ai fini tributari, che nell'un caso si verta su un diritto reale e, nell'altro, su un diritto di credito, sicché è soggetta ai limiti previsti dall'art. 109, comma 8, TUIR, restando il versamento della commissione costo indeducibile".

13. I motivi secondo, terzo, ottavo, nono e decimo restano conseguentemente assorbiti, potendosi peraltro osservare, con riferimento alle prime due doglianze, che l'accertamento è stato adottato ai sensi dell'art. 39, primo comma, lett. b) e c), e dell'art. 40 del d.P.R. n. 600 del 1973, in relazione alla violazione dell'art. 109, comma 8, del d.P.R. n. 917 del 1986.

L'Amministrazione finanziaria, inoltre, ha notificato il verbale di constatazione ed assegnato il termine di giorni 60, di cui all'art. 12,



comma 7, della legge n. 21 del 2000, per la presentazione di osservazioni - facoltà di cui le contribuenti si sono avvalse - poi espressamente considerate nell'avviso di accertamento.

14. L'undicesimo motivo è infondato.

La deducibilità delle erogazioni liberali effettuate, ai sensi dell'art. 100, comma 2, lett. a), del d.P.R. n. 917 del 1986, in favore di una persona giudica è condizionata al requisito oggettivo che l'ente persegua *"esclusivamente finalità comprese fra quelle indicate nel comma 1 o finalità di ricerca scientifica ..."*, ossia di *"educazione, istruzione, ricreazione, assistenza sociale e sanitaria o culto"*.

Tale previsione si giustifica in relazione al principio di sussidiarietà e costituisce una deroga al principio di inerenza, sicché, perché sia riconoscibile il beneficio fiscale, occorre che la somma erogata sia effettivamente destinata allo svolgimento dell'attività liberale o solidaristica, spettando al contribuente provare che la finalità sia stata effettivamente assolta.

Tale esito, del resto, risponde agli usuali criteri di ripartizione dell'onere della prova, dovendo il contribuente provare la ricorrenza dei requisiti per la deducibilità dei costi (v. Cass. n. 9818 del 2016 con riguardo ai criteri di inerenza e competenza; Cass. n. 22403 del 2014 in tema di rapporto di lavoro e prova della subordinazione; Cass. n. 7701 del 2013 in tema di proporzionalità dei costi d'impresa).

Il riconoscimento statutario dell'esclusività del fine costituisce, a tal fine, requisito formale necessario ma non sufficiente, dovendo trovare riscontro nell'effettiva attività svolta dall'ente beneficiario atteso il carattere eccezionale delle disposizioni derogatorie e la natura della finalità solidaristica, a cui può essere assegnato rilievo solo se sia concreta e non si traduca in una mera enunciazione.

Resta immune da censura, dunque, la decisione della CTR che ha rilevato l'assenza di ogni riscontro sullo svolgimento di attività solidaristica da parte dell'Associazione Zia Agnesina, risultando solo



un non ben definito progetto (relativo alla ricerca di un immobile da destinare a struttura per i bisognosi) senza alcuna precisazione di tempi e modalità di realizzazione.

15. Il ricorso, pertanto, va rigettato, restando invece assorbito il ricorso incidentale proposto dall’Agenzia delle entrate.

Le spese, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza; a carico del ricorrente sussistono i presupposti per il versamento dell’ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma dell’art. 13, comma 1 bis, del d.P.R. n. 115 del 2002.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso principale, assorbito il ricorso incidentale. Condanna il ricorrente alla rifusione delle spese del giudizio di legittimità che liquida, in favore dell’Agenzia delle entrate, in euro 11.000,00 per compensi, oltre accessori di legge e spese prenotate a debito.

Deciso in Roma, il 8 marzo 2017

Il Presidente